الخميس 2015/11/05

المحاضرة 01:

البرنامج

01

السداسي الأول:

- منهج تنازع القوانين.
- التعريف بالقانون الدولي الخاص.
- قواعد التنازع (مفهومها، خصائصها، مكوناتها).
- التكييف (مفهومه في القانون الدولي الخاص)
  (التكييف في تنازع القوانين أمام القاضي)
- أساس تطبيق القانون الأجنبي وموانعه.
- دراسة الحالات التطبيقية المتعلقة بتنازع القوانين: في مسائل الأحوال الشخصية والالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية (دراسة إبرام العقود الدولية وتنفيذها).

السداسي الثاني:

- منهج القواعد المادية.
- تنازع اختصاص القضاء الدولي.
- شروط وإجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية.
- الجنسية الجزائرية.

منهج تنازع القوانين:

تعريف القانون الدولي الخاص: ينظم العلاقات الخاصة بين أشخاص القانون الخاص وإذا كان شخصها عاما يشترط أن يكون مجردا من امتيازات السلطة العامة، والتي يتخللها العنصر الأجنبي. ويمتاز بقواعد إجرائية وليست موضوعية لأنه يقرر القانون الواجب التطبيق، ولا يقوم بالفصل في النزاع.

مصادر القانون الدولي الخاص:

المصادر الخاصة للقانون الدولي الخاص:

- المعاهدات الدولية: مصدر رسمي.
- الاتفاقيات الدولية: هي مصدر لتنظيم قواعد القانون الخاص.
- التشريع: نص عليه في الأحكام العامة في القانون المدني والإجراءات م (9 إلى 24)، فالتشريع مصدر رسمي.

- الاجتهاد القضائي: هو أصل ق.د.خ. أغلب الاجتهادات القضائية التي طرأت على ق.د.خ. هي (ألمانيا، فرنسا، إيطاليا).

المحاضرة: 02 ★ الخميس 2015/11/12 ★

02

قواعد التنازع في إطار القانون الدولي الخاص.

* تعريف قاعدة التنازع في إطار القانون الدولي الخاص: هي ذلك المؤشر أو تلك القاعدة التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق عند ما تثار مشكلة تنازع القوانين في علاقة يتخللها العنصر الأجنبي.

مثلاً: زواج جزائري بمغربية ⇐ اختلاف جنسية الأطراف، أو زواج جزائريين أمام ضابط الحالة المدنية بباريس مثلاً، التوريد والتسليم ودفع الثمن يتم تنفيذه في الخارج... الخ.

⇐ ينشأ عن العنصر الأجنبي مشكلة تنازع القوانين بين أكثر من نظام قانوني واحد.

* قاعدة التنازع = قاعدة الإسناد: دورها يتمثل في حل مشكلة تنازع القوانين أي تحديد القانون الواجب التطبيق.

* المشرع الجزائري أورد قواعد الإسناد في القانون المدني من م 09 إلى م 24 تحت عنوان: (تنازع القوانين من حيث المكان).

* قاعدة الإسناد تتكون من عدة عناصر، مثلا م 11: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، وم 12 ف 01: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج".

م 11	قاعدة الإسناد: لها موضوعها (الشروط الموضوعية المتعلقة بصحة الزواج) + القانون الواجب التطبيق (القانون الوطني لكل من الزوجين)
م 12	قاعدة الإسناد: موضوعها (آثار عقد الزواج) + القانون الواجب التطبيق (قانون دولة الزوج وقت انعقاد الزواج).

* المكون الأول لقاعدة الإسناد (= موضوع القاعدة) يسمى "الفكرة المسندة" وهي حالات قانونية مختلفة في أصلها (مثلاً: الشروط الموضوعية المتعلقة بصحة الزواج... الخ).

* المكون الثاني لقاعدة الإسناد هو "ضابط الإسناد": إسناد موضوع العلاقة إلى قانون مسند إليه (مثلاً: القانون الوطني لكل من الزوجين (م 11)... الخ).

الفكرة المسندة ⟵ ضابط الإسناد ⟶ القانون الواجب التطبيق

م 12: [الآثار الشخصية والمالية لعقد الزواج] ⟶ [قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج] ⟶ [القانون المسند إليه]

* أحياناً يتعدد ضابط الإسناد، مثلا م 19: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه (= قانون مكان الإبرام). ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك

للمتعاقدين (م) أو لقانونهما الوطني المشترك (= قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين) أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية (= القانون الذي يحكم التصرفات القانونية)".

⇐ 04 ضوابط إسناد لفكرة مسندة واحدة ← وهي هنا: ضوابط إسناد على سبيل الاختيار: ضوابط إسناد اختيارية.

* * وتنص م 18 ق.م "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد (جنسية أحدهما أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه). وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

⇐ 04 ضوابط إسناد ← وهي هنا: ضوابط إسناد أصلية واحتياطية (ترتيب).

م 18 ق.م: ضوابط إسناد: أصلية واحتياطية (ترتيب).

م 19 ق.م: ضوابط إسناد على سبيل الاختيار: ضوابط إسناد اختيارية.

* الحكمة من تعدد ضوابط الإسناد هو إعطاء حرية الاختيار بحسب الظروف الخاصة.

المحاضرة: 03 — الخميس 2015/11/19

تفسير قاعدة الإسناد = التكييف

تعريف التكييف: يقصد بالتكييف في إطار تنازع القوانين إضفاء الوصف القانوني على العلاقة القانونية المعروضة أمام القاضي بغية إدراجها ضمن فكرة مسندة (حالات ق.خ مختلفة) لتحديد القانون الذي يحكمها.

نشأة التكييف: * قضية حصة الزوج المحتاج:

* ظهرت نظرية التكييف بمناسبة قضية شهيرة سبق عرضها أمام القضاء الفرنسي تعرف بقضية "حصة الزوج المحتاج" والتي تتحدد وقائعها كالتالي: تتلخص وقائع القضية في أن زوجين تزوجا بمالطا واتخذا منها أول موطن مشترك لهما بعد الزواج ثم انتقلا بعدها إلى الجزائر ليكتسب الزوج عقارات بها والتي توفي بها وخلف عقارات (بالجزائر). بعد الوفاة تقدمت أرملته بدعوى أمام القضاء الفرنسي موضوعها: طالبة تمكينها من حصة الزوج المحتاج وهو نظام معروف في النظام الأنجلوسكسوني ومجهول في القانون الفرنسي، وهو نظام يخصص للزوج الفقير المتبقي على قيد الحياة ربع التركة العقارية

التي يكون خلفها الزوج الآخر المتوفى، ولما تقدمت في القضاء الفرنسي وجد نفسه مطالباً بتكييف هذا الطلب أي لإضفاء وصف قانوني عليه ما إذا كان طلبها يعتبر من قبيل الميراث (ربع التركة العقارية للزوج الآخر) أم أنه يعتبر أثر من آثار النظام المالي للزوجين (شركة).

إذا كيّف القضاء الفرنسي موضوع الطلب بأنه من قبيل الميراث في العقار فإن ق.ق الفرنسي يميز بين الميراث في العقار ويخضعه لقانون موقع العقار (⇐ ق.ق الفرنسي هنا) والميراث في المنقول ويخضعه لقانون آخر موطن المتوفى (⇐ الجزائر فطبق ق.ق الفرنسي).

أما فيما يتعلق بالنظام المالي للزوجين، فإن القانون الفرنسي يميز بين النظام الاتفاقي والنظام القانوني، فيخضع القانون الاتفاقي لنفس القانون الذي يحكم العقود الدولية من حيث الموضوع، والنظام القانوني وهو نظام يلجأ إليه متى انعدم النظام الاتفاقي بين الزوجين. هذا الأخير يخضع لقانون أول موطن مشترك للزوجين بعد الزواج (وهو قانون مالطا).

إذن الحكم القانوني الذي سيطبق على موضوع النزاع سيختلف حتماً تبعاً للتكييف المعطى من طرف القضاء الفرنسي، فإذا اعتبرنا طلب هذه الأرملة يندرج في الميراث في العقار فإننا سنخضعه للقانون الفرنسي إعمالاً لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع ميراث العقار لقانون موقعه، والقانون الفرنسي لا يعترف بربع التركة لأن القانون الفرنسي لا يعترف فطلب الزوجة مرفوض.

أما إذا كيفناه أنه من قبيل النظام المالي للزوجين (اتفاقي/قانوني) ⇐ هنا لا وجود لنظام اتفاقي سابق (بعد الأعباء الزوجية والميراث...الخ) ⇐ هنا القاضي يذهب للنظام القانوني (⇐) قانون أول موطن مشترك للزوجين ⇐ نطبق القانون المالطي ⇐ هنا يستجيب القاضي لطلب الزوجة.

* قضية وصية الهولندي:

أبرم وصية عرفية بخط يده إلى زوجته الفرنسية، وحينها القانون الفرنسي يعترف بالوصيتين الرسمية والعرفية على حد سواء، والقانون الهولندي لا يعترف إلا بالوصية الرسمية ⇐ رفع النزاع من الورثة أمام القانون الهولندي ⇐ التكييف؟ الطبيعة القانونية للوصية؟

التحرير هل هو من مسائل الشكل أو الموضوع، في فرنسا شكل التصرفات القانونية يخضع لمحل قانون الإبرام ⇐ نطبق القانون الفرنسي الذي يسوي بين الوصية العرفية والرسمية ⇐ تمكين من الاستحواذ على الوصية.

ولكن اعتبرنا شكل الوصية (تحريرها) من قبيل جوهر العقد أي من المسائل الرسمية ومن قبيل جوهر وموضوع العقد ⇐ في فرنسا يخضع موضوع الوصية لقانون جنسية الموصي ⇐ نطبق القانون الهولندي ⇐ بطلان صحة الوصية.

المحاضرة 04: الخميس 2015/11/26

ماهو القانون الذي يرجع إليه القاضي الوطني في تكييفه للعلاقة المعروضة أمامه؟ للإجابة عن هذا التساؤل ظهرت ثلاث نظريات:

1- نظرية باختان: (نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع):

مضمونها إذا ما عرضت مسألة تتعلق بالتكييف أمام القاضي الوطني فإنه يقوم بتكييفها على ضوء قانونه الوطني، والأساس في ذلك احترام السيادة القضائية لدولة القاضي، غير أنه ورد استثناءان على هذا الموقف أو النظرية:

1- ضرورة التفرقة بين التكييف الأولي والتكييف الثانوي (اللاحق).

2- لابد من تحديد وصف المال أي بيان ما إذا كان المال عقارًا أو منقولاً.

شرح الاستثناء الأول: المراد بالتكييف الأولي هو التكييف الذي يقوم به القاضي الوطني بداية بغية إدراج موضوع النزاع ضمن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق، بينما التكييف الثانوي (اللاحق) فهو التكييف الذي يثار في ظل القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

شرح الاستثناء الثاني: لابد من تحديد وصف المال أي بيان ما إذا كان المال عقارًا أو منقولاً ← طبيعة القانون الذي توجد به تلك الأموال هو الذي يحدد طبيعتها (منقولة أو عقارية) ويحكمها.

نقد النظرية: بما أن التكييف سابق للإسناد ← فكرة عملية جدًا، لكن أساس النظرية أي فكرة السيادة فقد كان في غنى عنها لأن طبيعة ومرحلة النزاع هي التي تحتم ~~(الانتقال)~~ الاستعانة بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع (+) لا أهمية للتفرقة بين التكييفين (±) تحديد وصف المال مهم لتحديد التكييف فالمال مرتبط بمكان تواجده.

2- نظرية إخضاع التكييف للقانون المقارن (نظرية رابال):

بما أن القاضي في مرحلة التكييف ← على القاضي دراسة التكييفات التي تعطيها القوانين لموضوع النزاع ومن ثم يتوصل للقانون المناسب ← فكرة غير عملية.

مضمونها يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع إجراء دراسة مقارنة لكل الأنظمة القانونية المعروفة في العالم ليستخلص منها مفهومًا مشتركًا (تكييفًا موحدًا).

ملاحظة: لا يمكن أن تجد لهذه النظرية مجالاً لها في التطبيق على أرض الواقع.

3- نظرية إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم العلاقة (الفقيه ديبارتيه):

مضمونها يجب على القاضي الوطني هنا أن لا يقف عند التكييف المأخوذ من قانونه الوطني بل يجب أن يراعي التكييف المعتمد في ظل القانون الأجنبي.

ملاحظة: طالما أن التكييف مسألة أولية وسابقة للإسناد فلا يمكن للقاضي معرفة القانون الواجب التطبيق والمختص.

** موقف القضاء الفرنسي من النظريات الثلاث:

إذا رجعنا للقضاء الفرنسي فإننا نلاحظ أن أغلب أحكامه تتجه للأخذ بنظرية باختان، ويعتبر القضاء الفرنسي سباقًا للأخذ بهذه النظرية من خلال قضية شهيرة عرفت بقضية كاراس لانتسي التي سبق لمحكمة النقض الفرنسية التصدي لها بتاريخ 1955/06/22 حيث تتلخص وقائعها في أن زوجًا يونانيًا أبرم زواجه بفرنسية بفرنسا، وبعد نشوء نزاع بينهما قامت الزوجة برفع دعوى فك رابطة الزوجية أمام القضاء الفرنسي، غير أن الزوج دفع ببطلان العلاقة الزوجية بينهما بحجة أن زواجه بها لم يستوف ركن تدخل السلطة الدينية الذي يعتبره القانون اليوناني ركنًا موضوعيًا في الزواج، أما الزوجة فتمسكت بصحة هذا الزواج المبرم بينهما بدعوى أن الأمر يتعلق بكيفية إبرام عقد الزواج وهي مسألة تعتبر شكلية طبقًا للقانون الفرنسي كون هذا الأخير يخضع شكل التصرفات إلى قانون بلد الإبرام. طرح هذا الإشكال أمام محكمة النقض الفرنسية فوضعت بشأنه قرارًا مبدئيًا مضمونه: إن تحديد الطبيعة القانونية للمسألة المتعلقة بتدخل السلطة الدينية يعتبر مسألة تكييف، وأنه يتعين على القضاة الفرنسيين تحديدها على ضوء القانون الفرنسي وحده، وهو قانون يعتبر هذه المسألة مجرد مسألة شكلية ⇐ اعتماد نظرية باختان.

** موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات الثلاث:

تعرض المشرع الجزائري إلى التكييف في القانون الدولي الخاص في المادة 09 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" ⇐ نظرية باختان (إخضاع التكييف لقانون القاضي المطروح أمامه النزاع) + نوع التكييف في م 09 هو تكييف أولي (قبل الإسناد).

كما نصت المادة 17 فقرة 01 (ق.م) على أنه: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارًا أو منقولًا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

1- المشرع الجزائري أخذ بنظرية باختان في التكييف كقاعدة مبدئية.

2- المراد بالتكييف في المادة 09 هو التكييف الأولي دون الثانوي.

3- في الجزائر لا فرق بين الميراث في العقار والميراث في المنقول (كما في فرنسا)، لأن مسائل الأسرة من الشريعة ⇐ ضابط الجنسية لأنها حقوق شخصية (هذا تحفظ على الاستثناء)

التحفظ الثاني المتعلق بتحديد موصوف المال في المادة 18 المشرع ميّز بين العقود الواردة على المنقول (العبرة بالإرادة الاتفاقية) خلافا للعقار فتطبق قانون الموقع.

جاءت المادة 21 مكرر تستبعد تطبيق المادة 09 في حالة وجود قانون خاص أو معاهدة دولية.

المادة 20: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية (التي مصدرها القانون) قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام". (م 20/ف1).

م20/ف2: "غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر ولكن كانت تعدّ غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه". ⟸ لأن الفعل الضار يخضع لمبدأ المشروعية.

المحاضرة: 05 — الخميس 2015/12/03

* أساس تطبيق القانون الأجنبي *

المقصود بالقانون الأجنبي: هو مجموع المنظومة القانونية من مصادرها كالتشريع والأعراف والاجتهاد القضائي المستقر في الدولة الأجنبية والمبادئ العامة للقانون الطبيعي وقواعد الإنصاف، بالمقصود الواسع به صادر عن دولة أجنبية ذات سيادة على إقليمها لها اعتراف على مستوى المجتمع الدولي.

*** أساس تطبيق القانون الأجنبي:**

* لقد أفرز الفقه القانوني المعاصر في القانون الدولي الخاص عدة محاولات فقهية للحديث عن أساس تطبيق القانون الأجنبي.

1) - المدرسة الهولندية: ترى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي هو أنه يتعامل على أساس المجاملة الدولية، فالقاضي يطبق القانون الأجنبي مجاملة للقانون الأجنبي.

⟸ يخضع للسلطة التقديرية للقاضي أي هو رهن الإرادة الحرة الكاملة لقاضي الموضوع المعروض أمامه النزاع (رغبات، أهواء، قناعات القاضي) وبالتالي يؤدي إلى اختلافات وتعارض.

⟸ لإرادة غير مستقرة والنظرية هذه لا تضع أسسا موضوعية مستقرة.

2) - المدرسة الأنجلوسكسونية: نادت بفكرة الحقوق المكتسبة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي، والمراد هنا تلك الحقوق المدعى بها والمتنازع بها التي اكتسبت في ظل القانون الأجنبي، أما إذا لم تكتسب في ظل القانون الأجنبي فلا نطبق القانون الأجنبي. ⟵ تم هجرها *

3)- نظرية التفويض: أي أن قاضي الموضوع يطبق القانون الأجنبي على أساس وجود تفويض من الدولة صاحبة السيادة الأجنبية لتطبيقه على النزاع.

⇐ تعتبر نظرية وهمية ولا أساس لها من ناحية الواقع ومن الناحية العملية.

4)- نظرية على أساس الواقعة: (أخذ بها بانيفول): ترى أن القانون الأجنبي ليس شيئا وحيدا بل يتجزأ أي أنه يحمل عنصرين: العنصر الآمر والعنصر العقلي، وهذه هي الفكرة التي تبنى عليها القاعدة القانونية. حيث أنها في حالة تخطيها التراب الوطني تفقد عنصرها الأهم وتتحول إلى واقعة مادية. أي تفقد العنصر الآمر ويبقى عنصرها العقلي، بمعنى أن القاضي يعامل القانون الأجنبي على أساس أنه واقعة مادية، بحيث في حالة وجود نزاع معروض يتمسك به المدعي ويثبته بكافة وسائل الإثبات والقاضي له موقف ودور سلبي فهو محايد، كما أن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه.

5)- نظرية على أساس القانون: انتقدت نظرية الأساس الواقعي بأن القاعدة القانونية لا تفقد عنصرها الإلزامي والآمر والفعلي، أي أن قوة وخصائص القانون الأجنبي هي ~~(نفسها)~~ مثل ما هو في القانون الوطني ⇐ ظهور نظرية على أساس القانون (أي تطبيق القانون الأجنبي على أساس أنه قانون). وهذا يقتضي ما يلي:

- القاضي يثير القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ويثبته بكافة الوسائل.
- القاضي يبحث عن القانون.
- القاضي له دور إيجابي (~~تحقيقي~~) يطلب من الخصوم إعطاء الوثائق ويطبق الحكم، والخصوم غير ملزمين بإثباته.

* مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني:

- في الأصل فإن المشرع يعامل القانون الأجنبي على أنه واقعة مادية (دور سلبي)، ولكنه استثنى قانون شؤون الأسرة فعامله كأنه قانون وطني (دور إيجابي).
- أي في الأصل قضاة الموضوع يعاملون القانون الأجنبي كواقعة مادية ويقع عبء الإثبات على الأطراف والخصوم.

** ⇐ المبدأ: القانون الأجنبي يعامل معاملة الواقعة المادية.
الاستثناء: شؤون الأسرة تخضع لقانون الجنسية.

* مركز القانون الأجنبي أمام المحكمة العليا:

المحكمة العليا لا تبسط رقابة على القانون الأجنبي لأنها تعامله على أساس أنه واقعة مادية، وإنما

اختصاصها يكمن في الرقابة على تطبيق القانون فقط إذا طبق تطبيقا سليما أو لا. أما القانون الأجنبي لشؤون الأسرة فتراقبه مراقبة تامة.

** إذا أخطأ قاضي الموضوع في تكييف قضية مطروحة أمامه أي في تطبيق قاعدة إسناد وتحديد لمدراج القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة يخضع قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا حسب م 358/ف 5 من "ق.إ.م.وإ"، أي أن الخطأ في تفسير قاعدة الإسناد الوطنية خاضع لرقابة المحكمة العليا.

المحاضرة 06: الخميس 2015/12/17

موانع تطبيق القانون الأجنبي

** هناك مانعان أساسيان لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي هما الدفع بالنظام العام والدفع بالغش نحو القانون:

I/ ** الدفع بالنظام العام:

المقصود بالنظام العام يبقى فكرة مرنة تختلف باختلاف الدول، ~~(لا يبقى فكرة مرنة تختلف باختلاف)~~ بل تختلف في نفس الدولة من مرحلة إلى أخرى كما هو الحال بالنسبة للطلاق بإسبانيا الذي كان محظورا بها سابقا ومباحا حاليا.

خصائص النظام العام الجزائري: لتحديد خصائص النظام العام الجزائري لابد من التفرقة بين مسألتين: المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بغير الأحوال الشخصية.

فالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية نظمها المشرع في قانون الأسرة الجزائري، والنظام العام فيها يمتاز بأنه نظام ثابت غير متغير ولاسيما قواعد العبادات وقواعد الميراث، كذلك فهو نظام مستقر إلى حد بعيد جدا، كما أنه نظام موحد يسري على جميع الشعب.

الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام: بمجرد التدخل أو الدفع بالنظام العام نستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هذا الاستبعاد سلبيا أو إيجابيا، يكون سلبيا حينما لا يعوض بقانون بديل آخر ويكون إيجابيا حينما يعوض القانون المستبعد بقانون آخر كالقانون الوطني.

وتنص المادة 24 م (ق.م) على إلزامية تطبيق القانون الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد إذا تنافى مع النظام العام.

II/ ** الدفع بالغش نحو القانون:

يعتبر الغش وسيلة فعالة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد

الوطنية، غير أن هذه الوسيلة استعمالها يثير إشكالاً قانونياً والذي سنفسره:

ما المقصود بالغش نحو القانون: يُقصد بالغش نحو القانون قيام الشخص الغاش بتغيير ضابط الإسناد للتوصل لتطبيق قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلاً طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية (كتغيير الجنسية لغاية تطبيق القانون الواجب التطبيق، وبالتالي التهرب وتغيير الجنسية).

إثبات الغش نحو القانون: إذا كان هنالك سوء نية لتغيير ضابط الإسناد، هنا يقع إثبات سوء النية.

نشأة نظرية الغش نحو القانون: أخذ بها القضاء الفرنسي سنة 1873 م القرن 19 بصدد قضية تعرف باسم قضية السيدة "دوبو فورما": حيث تتلخص الوقائع في أن سيدة "كانت تحمل الجنسية الفرنسية تزوجت مع الأمير الفرنسي المدعو "دوبوفوما" في سنة 1874 حصل انفصال جسماني بينهما فتقدمت بطلب الطلاق إلا أن الدعوى رفضت تطبيقاً للقانون الفرنسي الذي لم يكن يجيز حينها الطلاق، فلجأت هذه السيدة إلى ألمانيا وأقامت بها وتجنست بالجنسية الألمانية سنة 1875 وتحصلت على إثر ذلك على حكم بالطلاق بينها وبين زوجها الفرنسي طبقاً لقانون جنسيتها الجديدة (الألماني)، ثم توجهت إلى برلين لتتزوج بالأمير الروماني "بيبيسكو"، ولما علم زوجها الأول بهذا رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي طالباً اعتبار تطليقها منه كأنه لم يكن والتصريح ببطلان الزواج الثاني، فاستجاب قضاة الموضوع لطلبه وأيدتهم محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر سنة 1878 مستندة على ما يلي: أن تجنس السيدة بالجنسية الألمانية غشٌ نحو القانون الفرنسي مما يترتب عليه عدم قدرتها على الاحتجاج بهذا الطلاق. ولهذا أثاره في فرنسا لأنه جاء نتاج الغش نحو القانون الفرنسي.

شروط إعمال الغش نحو القانون: يُشترط لإعمال الغش نحو القانون توافر الشروط التالية:

- قيام الغش بتغيير لضابط الإسناد بصفة حرة وإرادية.
- أن يكون هذا التغيير مبني على سوء نية متمثلة في التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً.

موقف المشرع الجزائري من الدفع بالغش نحو القانون:

قام المشرع الجزائري بتعديله م 24 (ق.م) عام 2005 باعتماد الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إلى تطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية متى ثبت أنه تم الوصل لتطبيق هذا القانون نتيجة ارتكاب غش نحو القانون بالنص صراحة على أن نصه:

> م 24: لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.
> يُطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة.

وهذه أي ق 26 من م 24 تسري أيضا على الغش نحو القانون لأنه استبعد في الفقرة 1 مخالفة النظام العام والآداب العامة أو الغش نحو القانون.

المحاضرة 07. *الخميس 2016/01/07.*

الحالات التطبيقية لمنهج التنازع

** وتتحدد هذه الحالات التطبيقية بالمواضيع الثلاثة التالية:

1- مسائل الأحوال الشخصية أو مسائل شؤون الأسرة.

2- الالتزامات بنوعيها العقدية وغير العقدية.

3- الأموال.

1/ ** المقصود بالأحوال الشخصية (مسائل شؤون الأسرة):

هي تلك المسائل المتعلقة بحالة الشخص، علما أن الشخص قد يكون شخصا طبيعيا كما قد يكون شخصا معنويا، بينما المراد بالأحوال الشخصية طبقا لقانون الأسرة الجزائري هي المسائل المتعلقة بالشخص الطبيعي وحده.

2/ ** المواضيع التي تندرج ضمن مسائل الأحوال الشخصية في الجزائر:

وهي الحالة المدنية والأهلية والروابط الزوجية (الخطبة، شروط الزواج الموضوعية والشكلية وآثاره وطرق انحلاله، النسب، النفقة بين الأقارب، حماية القصر، الميراث، الوصية، الهبة والوقف).

3/ ** القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية:

أخضع المشرع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية:

م 01/10: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"
م 11: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

** ما هي الحلول العملية التي تبناها المشرع الجزائري لحل تنازع القوانين بخصوص مسائل الأحوال الشخصية؟

فيما يتعلق بحالة الشخص الطبيعي: ويقصد بها مجموع الصفات التي تحدد مركز الشخص الطبيعي داخل أسرته، والتي تعرف اصطلاحا بالحالة المدنية للشخص الطبيعي، وتندرج ضمنها المسائل المتعلقة بالصفات الطبيعية للشخص الطبيعي من حيث كونه ذكرا أو أنثى، راشدا أو قاصرا، ومتزوجا أو أعزبا أو أرملا، ابنا أم أبا، سليم القوى العقلية أو مصابا بعاهة من شأنها التأثير على قدراته العقلية، وما إذا كان مسلما أم أنه يدين بدين سماوي آخر أو ملحدا.

وقد نصت المادة 01/10 ق م (السابقة) على أنه: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم

قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وهنا تتعلق المسألة بحالة الشخص الطبيعي منذ لحظة ولادته إلى غاية وفاته فإنه يتم الرجوع بشأن هذه المسائل كلها إلى قانون الجنسية.

الأهلية: والمقصود بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون يترتب عنها مجموعة من الحقوق والالتزامات. وقد تولى المشرع الجزائري تحديد القانون الذي يحكم أهلية الشخص الطبيعي في م 10 (ق م). والأهلية المقصودة في م 01/10 (السابقة) هي أهلية الأداء العامة لا أهلية الأداء الخاصة التي تتقرر للشخص الطبيعي متى بلغ سن الرشد المحددة في القانون المدني ببلوغه 19 سنة كاملة ودون أن يكون مصابا بعارض من عوارض الأهلية (2/40 ق.م).

مستقلا

الروابط العائلية:

الخطبة: يختلف التكييف القانوني للخطبة حسب تشريعات الدول، فهناك من تعتبرها عقدا ملزما للطرفين كالقانون الفرنسي والقانون الانجليزي، وهناك من التشريعات من تعتبرها مقدمة من مقدمات الزواج (م 5/1 من ق. الأسرة الجزائري).

عقد الزواج: يشترط لقيام عقد الزواج قانونا وجوب توافره على الشروط الموضوعية التي يحددها له المشرع، فقيام عقد الزواج صحيحا يسمح بترتيب الآثار القانونية عنه، وهي آثار قد تكون شخصية وقد تكون مالية.

أ- الشروط الموضوعية لقيام عقد الزواج: تحدد الشروط الموضوعية لعقد الزواج وفقا لق الأسرة الجزائري في التراضي بين الزوجين وأهليتهما مع الحصول على موافقة الولي في الحالات التي يتطلبها القانون، الصداق، الشاهدين، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

إن عقد الزواج يعتبر عقدا مدنيا طبقا لقانون الأسرة الجزائري لأنه يثبت بأحد الطرق الثلاث: بمستخرج من الحالة المدنية، أو بعقد يحرره الموثق، أو بموجب حكم قضائي.

لكل واحد قانونه الذي تطبق عليه

* **القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية لعقد الزواج:** طبقا للم 11 ق م "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" [جامع أو موزع ؟].

موقف المشرع الجزائري من هذين الاتجاهين (الجامع والموزع): بالرجوع للم 11 ق م، يستفاد منها أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الثاني الذي ينادي بالتطبيق الموزع للقانونين أي إخضاع كل زوج من الزوجين لقانون جنسيته، غير أن التطبيق السليم لهذه المادة يلزمنا أحيانا باللجوء إلى التطبيق الجامع للقانونين ولا سيما فيما يخص موانع الزواج سواء تم النص عليها في القانونين معا أي في قانون جنسية الزوج وقانون جنسية الزوجة أو تم النص عليها في قانون أحدهما، لأن الغاية من

لإقرار مثل هذه الموانع يهدف لحماية مصلحة الأسرة ككل وهو ما يتقرر بالنسبة لتحريم الزواج بسبب الرضاع، فمثل هذا المانع يشترط خلوه في كل من الزوجين حتى ولو تم النص عليه في أحد القانونين فقط.

المحاضرة 08 — الخميس 2016/01/14

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أورد استثنائين على القاعدة أو على الم 11 من ق المدني هما:

1) ورد في المادة 13 من ق المدني على أنه يسري القانون الجزائري وحده في الحالة المنصوص عليها في المادة 11 متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج (تخضع لقانون الجنسية).

فطبقا لهذا الاستثناء إذا تبين أن أحد الزوجين كان جزائريا وقت انعقاد الزواج فإن الشروط الموضوعية لعقد الزواج تخضع بكاملها للقانون الجزائري وحده، باستثناء أهلية الزواج التي يسري بشأنها القانون الوطني لكل زوج على حده.

2) في حالة استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري ويحل محله القانون الجزائري.

ب- الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج: والمقصود بشكل الزواج المظهر الخارجي للإعلان عن الزواج. بالرجوع إلى ق الأسرة الجزائري فإن شكل الزواج يتخذ أحد الصور الثلاث يبرم أمام ضابط الحالة المدنية وأمام الموثق، ويثبت بموجب حكم قضائي (هذا عن الزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة).

وهو ما يجعلنا نستخلص أن عقد الزواج ذا طابع مدني.

طبقا لنص المادة 19 من ق م، التي أخضعت شكل التصرفات القانونية إلى قانون محل الإبرام، وإما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو في جنسيتهما المشتركة أو القانون الذي يحكم موضوع التصرف (= ق الجنسية لكل من الزوجين).

بالرجوع إلى م 95 من قانون الحالة المدنية الجزائرية تنص على أنه "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرر طبقا للأوضاع المألوفة في هذا البلد" (الأجنبي). وقد ورد في المادة 01/97 من ق الحالة المدنية على أن "الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في هذا البلد، بشرط أن لا يخالف الطرف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها الق الوطني (الجزائري) لإمكان إبرام عقد الزواج".

م 96 "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية" (بين الجزائريين فقط). وم 02/97 يكون الزواج صحيحا إذا تم إبرامه

في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين طبقًا للقوانين الجزائرية.

الآثار القانونية التي يرتبها عقد الزواج:

طبقًا لنص المادة 12/01 تقرر أن الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.